Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

beerbt werden könnten, ſo folge daraus nach meiner Theorie, daß ſie über die, durch Suität von dem paterfamilias des Kindes ererbten Güter teſtiren könnten, während in Anſehung ihres Nachlaſſes der paterfamilias dieſe Gewalt nicht habe, — wenn mir, ſage ich, dies eingewandt iſt, ſo kann ich nur erwiedern, daß mir, obgleich ich ſchon etwa dreyßig Jahre über Pandecten geleſen habe, dieſer Zweifel nie kam, und daß es alſo auch wohl erklärt werden kann, wenn Juſtinian bey Abfaſſung ſeiner Conſtitution dieſen kleinen Uebelſtand nicht bemerkte. Niemand auf der Welt hat es ſo nöthig, daß man nicht mit ihm ins Gericht gehe, als Juſtinian; und wir Alle ſind wohl überzeugt, daß jede Verordnung deſſelben zehnmal beſſer ausgefallen ſeyn würde, wenn ihm unſer Löhr als Quaestor palatii mit Rath und That hätte behülflich ſeyn können.

XI.

Beytrag zur Theorie vom Beweiſe der Eigenthumsklage.

Von Herrn J. P. von Falkenſtein, Oberhofgerichts-Rathe zu Leipzig.

Man ſieht ſich in der That genöthigt, der Bemerkung Thibaut's [1]: daß in der Rechtswiſſenſchaft oft über dem Kleinern und Kleinlichen das Große und Größte vernachläſſigt werde, beyzuſtimmen; zumal da er ſie durch ein Beyſpiel ſofort überzeugend begründet hat. Denn, daß man bisher in einer ſo wichtigen Lehre, wie die des Eigenthums

1) Archiv f. civil. Praxis 6. Bandes 3. Heft. No. 15.

iſt, die Frage, was iſt zu beweiſen, ſo ganz nach den einmal in Gang gebrachten Ideen beantwortet, und ſich dabey nur auf ein Paar Stellen, welche ſchon die Gloſſe erwähnt [2], berufen hat, iſt wahrhaftig ziemlich ſo unverantwortlich, als daß man die alte Deutſche, unſern Verhältniſſen ſo angemeſſene Parömie: „Hand muß Hand wahren“ [3], faſt überall verbannt und dagegen die Römiſche Vindications-Lehre vollſtändig aufgenommen hat. Man findet bekanntlich in der Lehre vom Beweis der Eigenthumsklage in der Regel den Unterſchied hervorgehoben: ob der Kläger ſein Eigenthum auf eine urſprüngliche Erwerbart, z. B. occupatio, oder auch auf eine ſolche, die ohne des vorigen Eigenthümers Zuſtimmung, ja ſogar gegen ſeinen Willen ſchon an ſich Eigenthum gibt, wie etwa usucapio, specificatio etc. ſtütze, wo dann begreiflich auf des Vorgängers Verhältniß zur Sache nichts ankommt; oder: ob er ſein Eigenthum aus der Veräußerung ſeines Auctors herleite; und hier muß dargethan werden, entweder die Sache ſey von Dem an, der ſie auf eine, der zuerſt beſchriebenen, Erwerbarten bekommen (welches freylich auch der wirkliche erſte Erwerber ſeyn kann), durch ununterbrochene, gerechte Veräußerungen bis zu ihm gelangt, oder der Beweisführer muß gar bis zum wirklichen erſten Erwerber hinaufgehn. Dieſer allerdings oft ſchwierig herzuſtellende, und vollends durch den Lepſer'ſchen Zuſatz: „diabolica probatio,“ anrüchig gewordene, Beweis, iſt nun beſonders neuerlich durch Thibaut l. l. angegriffen worden [4], und er hat verſucht, „eine im Geiſt andrer Römiſcher Grundſätze denkbare“ ſogenannte

2) L. 15. §. 1. π. (20. 1.) und L. 12. §. 5. (6. 2.)

3) cf. Eichhorns D. Priv. Recht §. 168. flgde.

4) Daß ſchon Andere die von Thibaut in Schutz genommene Anſicht vertheidigt haben, ſagt dieſer ſelbſt l. l. Es mag hier mit bemerkt werden, daß Thibaut nicht mit Recht auch Glück Erl. d. P. Bd. VIII. pag. 136. zu denen rechnet, die ſich un-

Billigkeits-Theorie aufzuſtellen, oder vielmehr weiter, als bisher geſchehen, auszuführen und tiefer zu begründen. Ihr zu Folge nimmt er an,

> es genüge, daß der Kläger eine rechtmäßige Erwerbungsart darthut, und es werde daher das Eigenthum des Klägers, wenn er es aus der Veräußerung ſeines Auctors ableitet, bis zum Beweiſe des Gegentheils vermuthet.

Schon der Ausdruck: Billigkeitstheorie könnte gegen dieſe Meinung einnehmen; denn wenn einmal das Römiſche Recht recipirt iſt, ſo müſſen wir uns auch in den Lehren, die nicht durch andere, derogirende Geſetze verdrängt ſind, genau an daſſelbe halten, und fänden wir auch in dieſen Grundſätzen etwas, unſern Zeiten nicht vollkommen Entſprechendes, ſo dürfte doch ſelbſt das Anſehn der größten Juriſten unſerer Zeit nicht hinreichen, um eine Meinung zu rechtfertigen, die zwar nicht geradezu den übrigen Rechtsprincipien widerſpräche, die aber doch nicht eben in den Römiſchen Geſetzen begründet wäre. Indeß hat auch Thibaut eine ſolche Meinung keineswegs aufſtellen wollen, er hat ſich vielmehr hauptſächlich auf zwey Geſetzſtellen berufen [5]), mittelſt welcher er ſeine Anſicht als die richtige zu erweiſen ſucht; und ſo kann denn hier, wo ein Beytrag zur Widerlegung der Thibaut'ſchen Theorie gegeben werden ſoll, mit vollem Recht davon die Rede ſeyn, was in den Quellen darüber gefunden werde, nicht etwa blos davon, was dem Billigkeitsgefühle mehr zuſage, weil darüber nicht der einzelne Juriſt als ſolcher, ſondern höchſtens der Geſetzgeber zu entſcheiden hätte, und weil

---

beſtimmt über ihre Meinung ausgedrückt hätten: denn Glück ſagt: „Kläger muß auch beweiſen, daß ſein Auctor das Eigenthum, welches er vindicirt, auf ihn übertragen konnte und wollte" ꝛc., und nun erſt folgen die, nun nicht mehr mißzuverſtehenden, Worte, welche Thibaut anführt.

5) L. 4. und L. 12. Cod. de probatt. (4. 19.)

wir uns zu einer Zeit, wo die Rechtsgrundſätze und die Anſichten der Juriſten ſo ſchwankend ſind, beſtreben ſollten, nur das ſtreng in den Geſetzen begründete (nicht auch das nur eben ſo gut mögliche) Recht beyzubehalten, wenn es nicht durch die Umwandlung der Verhältniſſe zum offenbarſten Unrecht geworden iſt.

Unterholzner hat ſchon als ein Gegner Thibaut's ſich vernehmen laſſen [6]), und, wie es mir ſcheint, Einiges ſehr glücklich widerlegt; dazu möge man denn noch nachſichtig folgende Bemerkungen aufnehmen; die aber, eben weil ſie Bemerkungen ſind, keinen Anſpruch auf Vollſtändigkeit machen.

Thibaut hatte ſich unter Andern auf das gänzliche Schweigen der Geſetze ſowohl, als der Claſſiker über die großen Schwierigkeiten, die bey der ſtrengen Beweistheorie eintreten müßten, bezogen, und Unterholzner hat nebſt andern ſehr wichtigen Gegengründen auch den mit angeführt, daß ja doch eben ſo wenig von einer für das dominium auctoris ſtreitenden praesumtio die Rede ſey, da doch dieſe gewiß nicht hätte ſo ſehr ſelten ſeyn müſſen. Dazu kommt, ſelbſt abgeſehen von den mehrern Stellen, in denen von dem onus probationis [7]) in Bezug auf in rem actio die Rede iſt, daß es doch nicht ganz ſtreng folgerichtig erſcheint, einmal, eine, auf das bloße Darthun der Erwerbart gegründete, praesumtio anzunehmen und dann doch wieder zu unterſcheiden zwiſchen ſolchen Erwerbungen, die ipso jure dominium geben, und ſolchen, die nur unter gewiſſen Vorausſetzungen das Eigenthum übertragen können. Man gibt dadurch und zwar mit Recht zu, daß Schenkung, Kauf u. ſ. w. allein und an ſich noch nicht nothwendig das dominium übertragen, ſelbſt dann nicht immer, si traditio facta

6) Im Archiv Bd. 7.

7) L. 62. π. de judiciis et ubi. L. 21. π. d. r. v. (6. 1 ℔. 4. J. de interdictis (4. 15.)

pretiumque solutum est. Denn theils ſagen die Geſetze, um dies anzudeuten, blos: ut emtor rem sibi habere possit, und dann [8]): quae res, *si quidem dominus fuerit venditor*, dominum facit et emtorem etc., theils würde in der That der Kläger bey der, nur vermittelſt jener praesumtio dominii Eigenthum gebenden, Erwerbart bey weitem beſſer daran ſeyn, als bey den Arten der Eigenthums-Erwerbung, die den urſprünglichen, oder doch an ſich Eigenthum ertheilenden, beygezählt werden. Denn daß es im Allgemeinen (Ausnahmen kann es allerdings hiervon geben) bequemer ſey und weniger Genauigkeit erfordere, einen Kauf, eine Schenkung u. dgl. zu beweiſen, als z. B. eine Verjährung, iſt an ſich klar und die Lage Klägers wird durch die Furcht, vor dem etwanigen Beweis der Exception Beklagtens keineswegs ſehr verſchlimmert; denn würde es, wie ich zugebe, Klägern ſchon ſchwierig genug geweſen ſeyn, ſein Eigenthum durch das Zurückgehn auf die Vorgänger gehörig darzuthun, ſo muß in der Regel die Schwierigkeit noch bedeutend wachſen bey dem Beklagten, dem es in der Mehrzahl der Fälle an allen Beweismitteln, ja oft genug ſelbſt an der Möglichkeit, ſich dieſelben zu verſchaffen, fehlen muß. Weshalb wollen wir alſo da eine praesumtio dominii annehmen, wo die Geſetze dieſelbe nothwendig hätten erwähnen müſſen, wenn ſie eine dergleichen im Sinne gehabt hätten, eben weil ſie zwiſchen ſolchen Erwerbungen, die an ſich, und ſolchen, die nur unter gewiſſen Bedingungen das Eigenthum übertragen, ſtreng unterſcheiden. Muß man nicht vielmehr ſagen, wer blos unter einer gewiſſen Vorausſetzung das Eigenthum erwarb (nämlich si venditor dominus fuerit), der muß dieſe Vorausſetzung, alſo das dominium ſeines Vorgängers auch darthun, zumal da ſie etwas Affirmatives in ſich enthält, und folglich ſchon an ſich ein ſolcher Beweis der Regel: adfirmanti incumbit

8) L. 25. 28. ff. (18. 1.) L. 11. ff. (19. 1.)

probatio, gemäß wäre? Daß nämlich die Worte, die etwa Beklagter Klägern entgegenſetzen könnte: »adquisivisti a non domino,« genau genommen mehr noch, als eine bloße Exceptio in ſich enthalten; und daß eben dieſes „Mehr“ der Kläger darzuthun hat, wird aus einer Vergleichung unſeres Falles mit der, ebenfalls ſo oft mißverſtandenen, exceptio non adimpleti contractus hervorgehen [9]). Schützt nämlich der Beklagte bey einer, gegen ihn aus einem zweyſeitigen Contracte erhobenen, Klage jene Ausflucht vor, ſo ſagt er damit: Kläger hat zu Folge des Contracts die und die Obliegenheiten zu erfüllen, aber er hat ſie noch nicht erfüllt. Sind nun die Partheyen darüber, welche Obliegenheiten zu erfüllen ſind, nicht einig, dann muß allerdings Beklagter dieß, aber auch nur dieß beweiſen. Iſt dieß geſchehn, oder waren die Partheyen über die, zu erfüllenden Verbindlichkeiten mit einander einverſtanden, ſo hat nun Kläger deren Erfüllung zu erweiſen als eine wirkliche replica; denn würde er dieſe Replik nicht aufſtellen, oder die aufgeſtellte nicht beweiſen, ſo würde er dadurch geſtehen, ihm komme kein Klagerecht zu [10]). Wenden wir dieß auf die Vindication an, ſo fordert der Kläger vom Titius, als Beſitzer, die und die Sache, deren Eigenthum er titulo emti erworben zu haben behauptet. Beklagter hat hierauf nichts zu erwiedern, als: die Geſetze und die geſunde Vernunft ſagen, si dominus venditor non fuerit nec dominus fieri potest emtor. Da nun Kläger als Eigenthümer, nicht als Käufer klagt, ſo muß jenes geſetzliche Moment,

9) Heerwart im Archiv.

10) Ohne gerade auf dieſen Vergleich viel Gewicht zu legen, der auch dem: omne simile claudicat nicht entgehen kann, und ohne Rückſicht darauf zu nehmen, daß man bey uns gewöhnlich eine Klage, die jene replica nicht ausdrücklich in ſich enthält, angebrachtermaßen zurückweiſt; ſoll damit nur angezeigt werden, daß das von mir Vertheidigte gar nichts Singuläres iſt.

deſſen Daſeyn Beklagter läugnet, bewieſen werden. Kläger muß alſo repliciren [11]): dieſes Moment ſey vorhanden und muß dieß beweiſen [12]). Hatte er dieß ſchon ſeiner Klage einverleibt, ſo wäre eine replica libello inserta, ſonſt aber eine gewöhnliche Replik, in beyden Fällen ganz dem Proceßgange gemäß, vom Kläger darzuthun. Denn darauf, daß bey jener exceptio n. a. c. oft noch beſondere, aus dem Vertrage abzuleitende, Bedingungen zu dem Beweis hinzutreten, kommt für unſern Zweck nichts an. So lange alſo, bis Kläger bewieſen hat, er habe die Sache nicht nur rechtmäßig, ſondern auch eigenthümlich erworben: wird Beklagter ſeine possessio, eben ſo wie bey der exc. n. a. c., die Erfüllung zurückhalten. Man könnte freylich einwenden, in unſerm Falle habe ja Beklagter das dominium, alſo das fundamentum agendi geläugnet, in jenem aber ſelbiges zugegeben. Aber theils ſcheint er es in beyden Fällen bedingt zuzugeben, und deshalb die von ihm geforderte Erfüllung ſeiner Obliegenheit für den Augenblick abwehren zu wollen, theils habe ich durch die nur gegebene Erörterung bloß einen andern Weg zur Vertheidigung anzeigen wollen, und bin alſo vollkommen damit einverſtanden, wenn man die Entgegnung des Beklagten für eine reine litis contestatio negativa halten will. Denn dann liegt das Wahre der hier vertheidigten Meinung, nämlich dem Kläger den Beweis aufzuerlegen, deſſen Thema nun aus Dem, was er gebeten und was Beklagter geläugnet, zuſammenzuſetzen ſeyn wird, um ſo klarer vor Augen. Ja es läßt ſich ſogar der Billig-

11) Streng genommen, bedarf es dieſer ausdrücklichen replica nicht, ſondern ſie liegt nothwendig in der Klage.

12) Ebenfalls nach der Regel adfirmanti incumbit probatio, und nach den Worten *Marcian's* in L. 21. in fin. π. de probatt. quia semper necessitas probanti incumbit illi qui agit: der muß nun aber natürlich das darthun, worauf ſeine Klage ſich ſtützt; cf. auch L. 18. §. 2. π. de probatt. Cap. 5. X. de probatt.

keit halber die praesumtio dominii, von der in den Quellen kein Wort ſteht [13]), mit mehr Recht auf den Beklagten anwenden, und aus deſſen possessio herleiten, denn er wird doch wenigſtens, geſetzt auch, er beſitze nicht als Eigenthümer, in ſeinem Recht gegen den Eigenthümer geſchützt. Man denke nur an die Stelle [14]): quod si forte quis agat, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius utendi jus non habeat, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant. Und Thibauts eigene Worte: „Kläger habe natürlich nicht den unrechtmäßigen Beſitz Beklagtens darzuthun," kann man mit demſelben Rechte umdrehen und nun ſagen: Beklagter, welcher beſitzt, braucht natürlich nicht Klägers unrechtmäßigen Eigenthums-Erwerb darzuthun. Ja es wird dieß noch annehmlicher, wenn man erwägt, daß die Geſetze nicht nur von den oneribus beym Beweis reden, ſondern geradezu und im Gegenſatz von den oneribus petitoris die commoda possessoris erwähnen [15]). Dennoch würde Alles dieß nicht unmittelbar für die ſtrenge Beweistheorie ſprechen, wenn entweder die von Thibaut beygebrachten Stellen für ihn voll beweiſend wären; oder wenn nicht Stellen angeführt werden könnten, die nothwendig auf die alte Theorie hinzeigen. Von den Thibaut'ſchen Stellen nämlich lautet die erſte [16]):

> proprietatis dominium non tantum instrumentis emtionis, sed etiam quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur.

Unterholzner hat ſchon l. l. auf die richtige Erklärung aufmerkſam gemacht: daß man nämlich nicht blos mit Ur-

---

13) Unterholzner l. l.

14) L. 5. princ. π. (7. 6.)

15) L. 62. cit. u. §. 4. J. (4. 15.) L. 24. π. (6. 1.)

16) L. 4. cit.

kunden, ſondern auch auf andre Art den Beweis führen könne, und daß alſo hier blos davon die Rede ſey, wie die zum Beweis des Eigenthums nöthigen facta dargethan werden können. Der Anfrager mochte nämlich auf usucapio ſich nicht berufen können und wohl ſehr gut fühlen, daß er mit der bloßen Kaufsurkunde nicht durchkäme, er fragt daher: ob er ſich auch anderer Beweismittel als der Urkunden bedienen könne? Oder der Fragende hatte vielleicht gar keine Urkunden und wünſchte daher zu wiſſen: ob denn nun Urkunden ſo ganz unentbehrlich zu ſeinem Beweiſe wären?

Dieſe Anſicht iſt um ſo wahrſcheinlicher, da die Stelle, nach Thibaut's Meinung erklärt, darthun würde: auch blos durch das Kaufsinſtrument ließe ſich der Eigenthums-Beweis führen; was offenbar zu viel und darum wohl nichts beweiſen würde, zumal da, wie die Quellen bekanntlich ſelbſt ſagen, oft weder von der traditio, noch von der pretii numeratio in den Inſtrumenten die Rede war. Die zweyte Stelle lautet ſo [17]):

> Quum res non instrumentis gerantur, sed in haec rei gestae testimonium conferatur, factam emtionem et in vacuam possessionem inductum patrem tuum pretiumque numeratum, quibus potes, jure proditis probationibus deducere debes.

Schon wegen des: patrem tuum, was doch gewiß nicht ohne Grund daſteht, kann man annehmen: ein Dritter habe als Eigenthümer einen filiusfamil. in Anſpruch genommen, und es fragt ſich nun: wie ſich der Beklagte filius dagegen ſchützen ſolle? Da heißt es denn, zeige nur, quibus potes etc. factam emtionem etc. Daraus folgt nun (was natürlich hier, weil nicht darnach gefragt wurde, auch nicht erwähnt iſt), daß nun umgekehrt Kläger ſtreng beweiſen müſſe, er ſey Eigenthümer, und dann helfe folglich Beklagtem der rechtmäßige Erwerb der Sache nichts. So erklärt,

17) L. 12. cit.

würde die Stelle gegen Thibaut beweiſen, denn es heißt dann, mag nur Beklagter ſeinen titulus possessionis beweiſen, ſo kann er ruhig abwarten, was Kläger darthun wird, der nun ſtreng ſein Eigenthum zu beweiſen hat. Aber ſelbſt eine Erklärung der Stelle, die auf die Worte »patrem« etc. keine Rückſicht nehme, und daher vielleicht noch natürlicher als die vorgeſchlagene wäre, beweist nichts für Thibaut, ſondern blos ſo viel, — daß die drey darin erwähnten facta auch auf andre Art als durch Urkunden darzuthun ſeyen. Auch können wir endlich recht gut zugeben, daß der Sohn Kläger ſey (was vielleicht ſogar noch näher liegt), und als ſolcher obige facta zu beweiſen habe. Aber iſt denn irgend wo die Rede von der rei vindicatio? Kann die Stelle nicht eben ſo gut, wenn wir einmal eine in rem actio hier einräumen wollen, auf die Publiciana gehen und kann nun eine, ſo vielfacher Deutung unterworfene, Stelle einen Beweis abgeben? [18]) Daß Thibaut aus den Worten: pretium numeratum etc. auf die rei vindicatio ſchließt, iſt doch wohl eine petitio principii. Schon Unterholzner hat bemerkt, wie die Frage über die Beweismittel entſtanden ſeyn möge, und daß es wirklich zweifelhaft ſeyn mußte, ob man auch beym ſchriftlich abgefaßten Kaufe andere Beweismittel, als Inſtrumente brauchen könne, geht daraus hervor, daß es oft beſonders bemerkt wird, der Beweis könne auch ohne Inſtrumente geführt werden, z. B. [19]): die Frau ſoll zeigen ad se eam domum pertinere etsi emtionis instrumenta non exstent, quam a fisco ejus nomine dicis (nämlich der Ehemann) comparatam pretiumque ab ea exsolutum et in eam dominium esse translatum etc., nämlich es rühre vom fiscus her, und, quia fisco emit, statim fit dominus. (Alſo beym fiscus

18) Könnte man nicht ſogar die actio emti, als in dieſer Stelle enthalten, vertheidigen?

19) L. 8. Cod. Theod. (10. 10.)

ſogar wird unterſchieden zwiſchen pretium solutum und: domin. esse translatum; iſt alſo der Beweis beyder facta nicht noch viel nöthiger, wenn von einem Privaten gekauft wird?) Allein nicht blos durch die vorangeſchickte natürliche Darſtellung deſſen, was Kläger zu beweiſen habe, und durch die verſuchte Widerlegung der Thibaut'ſchen Geſetze, ſondern auch durch andere Stellen wollen wir uns beſtreben, die ſtrenge Theorie als die einzig richtige zu vertheidigen. Vor allen mag Gajus IV. 91. und 92. genannt werden, wo er ſagt: es gäbe eine doppelte in rem actio, entweder per formulam petitoriam oder per sponsionem. Daß dieß auf den Unterſchied zwiſchen in bonis esse und dominium ex jure Quiritium gehe, hat ſchon Haubold in der Epicrisis zu Heineccius Antiquitäten und neuerlich auch Schmidtlein in ſeiner Abhandlung: über die Errichtung der Servituten durch Vertrag, im 2. Heft des 9. Bandes dieſes Archivs, behauptet; und geht aus dem ganzen Zuſammenhange ſelbſt hervor. Bey der formula petitoria nun, die auf das in bonis esse geht, behauptet der Kläger: rem suam esse. Nun beſchreibt aber Gajus die *Sponsio* näher: Si homo quo de agitur, ex jure Quiritium meus est (alſo nur unter dieſer Vorausſetzung) Sestertios 25 nummos dare spondes. Erſt wenn ſich der Kläger auf dieſe Art ſicher geſtellt hat: formulam edimus, mit welcher wir die Summe verlangen; zu deren Leiſtung aber kann Beklagter nicht eher angehalten werden, als si probaverimus rem nostram esse. Aber die letztern Worte müſſen natürlich dem Inhalt der Sponsio entſprechen, und daher ſind die in der von Gajus uns gegebenen, gebrauchten Worte: homo meus est *ex jure Quiritium*, auch hier zu ſupliren; und alſo namentlich dieß zu beweiſen; nicht etwa blos wie bey dem in bonis: rem nostram esse. Die andere Stelle [20]) lautet ſo:

---

20) L. 2. Cod. de probatt. (4. 19.)

Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more judiciorum persequere, non enim possessori incumbit necessitas probandi, eas ad se pertinere, cum, te in probatione cessante, dominium apud eum remaneat.

Daraus folgt denn, daß 1) Kläger immer, Beklagter nie zu beweiſen habe, da die Vindication nur gegen den Beſitzer angeſtellt werden kann, und dem Kläger alſo der Schutz, den die Geſetze dem Beſitzer angedeihen laſſen, ſtets entgegen tritt; 2) daß alſo auch dann, wenn Beklagter noch an der Uebertragung des Eigenthums zweifelt, obgleich vielleicht die Erwerbart vollkommen in Richtigkeit war, Kläger das Bezweifelte darthun müſſe, weil ſonſt dominium apud reum remanet. Sagt man aber, es bleibe Jemand ſo lange in der Lage, in der er ſich ſo eben befindet, bis das Gegentheil, nämlich das dominium, erwieſen ſey, ſo iſt das doch eine wahre praesumtio, die hier freylich eher für das dominium possidentis, als für das petitoris zu ſtreiten ſcheint.

Deutlicher noch für unſern Zweck iſt folgende Stelle [21]:

Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vindicant, ipsis incumbit facti probationis necessitas, sive ipsis ea praedia, quasi a patre vestro sibi donata, tenentibus, vos coheredes constituti patris petitis, ut intentionem vestram non constitisse detegant, *unde domini* facti sunt, emergente quaestione docere compelluntur.

Was für den letzten Fall ausdrücklich geſagt wird, das muß natürlich im erſten Fall, wenn die coheredes beſitzen und die donatarii klagen, mit der rei vindicatio auch Statt finden. Sie müſſen nämlich, da ihnen überhaupt die probationis necessitas obliegt, emergente quaestione zeigen,

21) L. 16. Cod. eod.

unde domini facti sunt. Und dieſes unde ſcheint dann allerdings ſehr bezeichnend für unſre Meinung zu ſeyn.

Ferner gehört hierher folgende Stelle [22]):

> Traditio nihil amplius transferre debet seu potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum qui tradidit; si igitur quis dominium in fundo habuit etc. [23])

Die bloße traditio und (bey der emtio) solutio nützt noch nicht allein, wenn nicht der Vorgänger dominus war. Hier ſteht aber nichts von einer praesumtio, obwohl gerade hier, wenn irgend wo, der Ort dazu war, ſondern es ſcheint ſo ganz natürlich, daß ich, der ich behaupten muß, mein Vorgänger ſey dominus geweſen, dieß auch beweiſe.

Endlich mögen folgende Worte hier noch Platz finden [24]):

> Publiciana tempus emtionis continet et ideo neque quod ante emtionem neque quod postea dolo malo factum est, in hac actione deduci Pomponio videtur.

Und denn [25]):

> bonam autem fidem *solius* emtoris continet;

Darinne ſoll alſo eben das Hauptmerkmal dieſer Klage, nämlich der publiciana, liegen; lediglich auf des Klägers, z. B. des Käufers Lage wird geſehen, was vorher geſchehn, darauf kommt's bey dieſer Klage nicht an; wohl aber, ſo ſchließt man natürlich ſchon des Gegenſatzes wegen, und weil hier von den Eigenthümlichkeiten der Publiciana die Rede iſt, kommt's darauf an bey der rei vindicatio. Dieſes »antea« kann nun der Beklagte rügen: und der Klä-

---

22) L. 20. π. de adquir. rer. dom. (41. 1.)

23) L. 27. §. 1. π. de noxal. act. (9. 4.) L. 54. π. de R. J. (50. 17.)

24) L. 7. §. 14. 15. π. de publ. act. (6. 2.)

25) §. 3. u. 4. J. de act.

ger muß es, als das gerade entſcheidende Moment, beweiſen. Weil nun aber in den Kaufsurkunden nicht immer von den Vorgängern, als von wahren Eigenthümern die Rede ſeyn mochte; ſo erklären ſich auch die Fragen: ob man nicht außer den Inſtrumenten andere Beweismittel brauchen könnte.

Endlich §. 3. u. 4. J. de actionibus zeigt, daß gerade deshalb die Publiciana actio ſey eingeführt worden, weil bisher, ungerechterweiſe derjenige, der justo titulo zwar erworben, aber ante usucapionem die possessio verloren hatte, keine actionem directam gehabt habe. Wäre nun wirklich, wie Thibaut ſagt, genug geſchehen durch den Beweis des justus titulus, ſo hätte ihm eine Klage, nämlich die rei vindicatio, gar nicht abgeſprochen werden können; er brauchte ja nur ſeine emtio etc. darzuthun.

Eben ſo klar bezeigen dieß auch die Worte:

> Si quis id, quod traditur ex justa causa, non a domino et nondum usucaptum petit, judicium dabo. Merito Praetor ait: nondum usucaptum; nam si usucaptum est, habet civilem actionem, non desiderat honorariam [26]).

Mögen nun auch ſelbſt noch andere Gründe da geweſen ſeyn, die für die Einführung der Publiciana actio ſprechen; warum wäre denn gerade dieſer hier allein angeführt worden, wenn es nicht der Hauptgrund wäre? Man hielt es aber eben für zu hart, daß der, welcher durch Zufall in der Vollendung ſeiner usucapio geſtört worden, deshalb den natürlich ſchwierigen Beweis führen oder auch gar keine Klage haben ſollte, ob er gleich rechtmäßig erworben hatte.

Habe ich bisher verſucht, direct aus den Quellen die alte Meinung gegen die ſogenannte Billigkeitstheorie zu vertheidigen, ſo gibt es dagegen auch noch andere, aus der

---

26) Womit zu vergleichen die L. un. Cod. de transform. usucap.

Natur der Sache hervorgehende, Gründe, welche die neue Theorie theils als unnöthig, theils als minder zweckmäßig darſtellen möchten. Wenn auch die Billigkeitstheorie in den Quellen als begründet nicht erſcheint, ſo könnte es doch vielleicht ein, für unſere Zeit und Rechtsverhältniſſe dringendes, Bedürfniß ſeyn, daß wir auch die alte, bey der in ſo kurzer Zeit zu vollendenden usucapio, ſeltner als ſchwierig erſcheinende rei vindicatio eben ſo wie jene usucapio verändern? Man könnte das vielleicht wenigſtens theilweiſe zugeben, wenn die Veränderungen der Rechtsverhältniſſe wirklich ſo bedeutend wären. Aber wir haben in den meiſten Landen noch die dreyjährige, in Sachſen und vielen andern Staaten eine kürzere Verjährung für die beweglichen Sachen, bey denen doch die vindication am häufigſten vorkommt. Und wenn wir bey unbeweglichen Gütern ein, freylich bey weitem längeres tempus praescriptionis haben annehmen müſſen, ſo wird dagegen durch die Deutſchen, faſt überall, mit mehr oder weniger Beſchränkungen angenommenen Grundſätze über investitura allodialis der Beweis im hohen Grade erleichtert [27]), indem nun faſt immer die gerichtliche Kaufsurkunde zu dem Beweis des wirklichen Eigenthums hinreichet, weil der mit dem Grundſtück gerichtlich beliehene, geſetzlich und wegen der hinzugetretenen auctoritas judicialis für den dominus gehalten wird. Dieß allein würde ſchon genügen, die Meinung: als ſey die Billigkeitstheorie ein großes Bedürfniß unſerer Zeit, zu widerlegen, wenn auch nicht der Prätor ſelbſt, durch die Einführung der publiciana in rem actio, zum Ueberfluß obigem Grunde beyſtände, indem der wahre do-

27) cf. auch *Ge. Aug. Dathe* diss. de probatione dominii praesertim in Saxonia haud difficili. Erf. 1726. 4. et

J. H. Bergeri de utilitate usucapionis in probando dominio iis praecipue in locis quibus recepta est resignatio judicialis, disquisitio. Lips. 1710. 4.

minus mit gleichem Recht dieſe neue Klage gebrauchen kann. Schaden kann er dadurch in alle Wege nicht erleiden, weil, falls er wirklich Eigenthümer iſt, er einen fremden Vindications-Anſpruch nicht zu fürchten hat. Daher kann es ihm in dieſer Beziehung einerley ſeyn, ob er für den dominus oder für den beſſern Beſitzer gehalten werde; denn wenn auch dann ſpäterhin ein Anderer gegen ihn mit der rei vindicatio klagen ſollte, ſo weiß ja der Beklagte im voraus; Kläger könne unmöglich ſein Eigenthum beweiſen. Aus alle dem geht wenigſtens ſo viel klar hervor, daß die neue Theorie nicht gerade Bedürfniß für unſere Zeit iſt. Aber, ich ſtellte eben auch die Frage auf, ob ſie nicht wenigſtens von bedeutendem Nutzen ſeyn könne? Auch das muß, wenn ich nicht ſehr irre, verneint werden. Wir geben den gewöhnlich diaboliſch genannten Beweis, der bisher dem Kläger oblag, dem Beklagten; dennoch widerſpricht dieß der Regel des Beweiſes, der hier entweder eine replica des Klägers, oder eine reine Negation [28]) enthält, welcher Kläger replicirend bejahen muß, weil ihm, wie ſich Thibaut ſelbſt ausdrückt, »eine Bedingung abgeläugnet wird«. Wollten wir aber, da ſonſt eine geſetzliche Beſtimmung nicht aufzufinden iſt, den Satz: quisquis praesumiter bonus etc. ſo weit und alſo auf alle Geſchäfte ausdehnen, ſo müßte dieß, wie Unterholzner zeigt [29]), zu unendlichen Inconſequenzen führen; und doch bleibt immer noch die Frage übrig für den Fall, da der Verkäufer zwar in bona fide, aber doch nicht dominus war, folglich das dominium nicht transferiren konnte. Hier haben wir nun den Satz angewendet: quisque praesumitur etc., und doch hilft er uns noch nicht zum dominium etc., wenn wir nicht noch eine neue praesumtion für dieſen Fall auserdenken, nämlich die: daß der bonae fidei possessor auch ſogar dominus gewe-

28) cf. oben.

29) l. l.

ſen ſey. Und dann: wo in aller Welt liegt hier die Billigkeit? Dem Beklagten, der ſchon in Fällen, da ſich Klägers Beweis auf usucapio, specific. gründet, genug Schwierigkeiten zu beſiegen hat, bürdet man einen Beweis auf, der für ihn beſonders dadurch ſehr ſchwierig wird, daß dabey eben ſo, als wenn Kläger ihn führte, auf die Vorgänger des Klägers zurückgegangen werden muß, während er wenigſtens in der Regel die Hülfsmittel nicht beſitzt, für die der Kläger ſehr bequem gleich anfangs hat ſorgen können; und nicht geſichert werden kann gegen die Chicanen des Klägers und ſeiner Vorgänger, die natürlich alle Mittel anwenden müſſen, um des Beklagten intention für ſich unſchädlich zu machen.

Aber ſelbſt Klägern wäre durch die neue Theorie kein großes Glück bereitet. Denn geht man die von Thibaut am Ende aufgeſtellten Fälle durch, ſo findet man, daß, wenn beyde Theile justum titulum beweiſen, für den Beklagten zu ſprechen ſey; und dennoch heißt es in L. 9. ff. rei vind. nec ad rem pertinebit, *ex qua causa* possideat; ubi enim probavi rem meum esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem; z. B. wenn er geradezu ſagt: er ſelbſt ſey dominus. Auf die causa des Beklagten ſoll es alſo gar nicht ankommen; und das mit Recht; denn es würde dadurch, ginge man auf einzelne Fälle ein, ein nicht zu tilgendes Mißverhältniß entſtehn zwiſchen der rei vindicatio und der publiciana in rem actio. Es würde der wahre Eigenthümer in manchen Fällen nicht einmal den Vortheil erlangen, den der b. f. possessor mit der publiciana in rem actio erreichte. Es könnte alſo hier leicht geſchehn, daß der bonae fidei possessor für den dominus, der Eigenthümer indirect für einen Nichteigenthümer erklärt würde. Indeß will ich auf ſolche Fälle nicht viel Gewicht legen. Man denke ſich aber doch den Fall. Titius ſtellt die Eigenthumsklage gegen Sempronius an, beweiſet ſeinen justus titulus, aber auch

weiter nichts, und Beklagter muß, da er weder direct gegenbeweiſend etwas dargethan, noch durch Exception oder ſonſt den Beweis des Klägers geſchwächt hat, die Sache cum omni causa reſtituiren. Da Kläger nun für den dominus erklärt werden muß, weil jene praesumtio dominii, die bisher obwaltete, durch die nicht geführte probatio contrarii zur Gewißheit erhoben iſt; ſo folgt daraus, daß nun Cajus, der etwa wahrer dominus iſt, gegen den jetzt eben wegen der praesumtio für den dominus rechtskräftig erklärten Titius gar keine Klage als Eigenthümer hat. Denn bey der publiciana actio kann man wohl ſagen: wenn auch Titius beſſer beſitzt, als Sempronius, ſo kann deshalb Cajus immer noch beſſer ſeyn, als Titius. Wer aber einmal dominus iſt, der muß es ſeyn, nicht blos hinſichtlich des Beklagten, ſondern hinſichtlich eines Jeden. Dies fließt ſchon aus dem Begriffe des dominii [30]). Das Cajus rei vindicatio würde alſo durch die, leicht durch das Urthel darzuthuende exceptio dominii zurückgewieſen werden. Eine

30) Man könnte wohl ſagen: res inter alius actu kann den Eigenthümer nicht ausſchließen, und ſonderbar iſt's freylich, daß gerade hierbey die Römer nicht die Ausnahme erwähnen, die ſie z. B. bey dem status berühren, und daß, wenn z. B. der Kläger in contumaciam des Beklagten gewönne, dem dritten wahren Eigenthümer ein Nachtheil erwachſen würde. Demnach ſcheint der bey uns weiter ausgebildete, ganz abſtracte Begriff des dominium dies nöthig zu machen. Wenigſtens könnte man vielleicht zwey Fälle unterſcheiden: a) es liegt der Grund in dem Eigenthümlichen des Proceſſes überhaupt, vermöge deſſen die Nachläſſigkeit im, oder die Fehlerhaftigkeit beym Handeln des Beklagten dadurch beſtraft würde, daß derſelbe einen Nachtheil erleidet, der eo ipso dem Kläger zum Vortheil gereicht: hier heißt es auch nicht: Kläger ſey Dominus, ſondern Beklagter müſſe zur Strafe die Sache herausgeben. b) Kläger hat ſein Eigenthum ſtreng bewieſen; hier wird er, wenn Beklagter das Gegentheil zu erweiſen nicht vermocht, für den dominus, nicht etwa nur hinſichtlich Beklagtens, ſondern allgemein erklärt.

publiciana actio wäre gegen den Eigenthümer gar nicht denkbar — alſo hätte der wahre dominus in der That gar keine Klage. Endlich ſcheint aber auch wirklich der von Thibaut allerdings zu Gunſten ſeiner Theorie ſehr ſcharf hervorgehobene Unterſchied zwiſchen rei vindicatio und publiciana in rem actio, genauer betrachtet, nur zufällig zu ſeyn. Er ſagt nämlich: die Ausflucht, a non domino adquisivisti, kann blos bey der rei vindicatio, wo es ſich um das dominium, nicht aber bey der publiciana in rem actio, wo es ſich um das ſtärkere Recht handelt, attendirt werden; dieß iſt ſehr wahr nach jener Meinung, aber, während dem Urſprung zufolge, der Unterſchied beyder Klagen in dem fundamento agendi lag, und folglich gleich anfangs vorhanden war und nothwendig vorhanden ſeyn mußte, kommt hier alles auf die vom Beklagten vorgeſchützte Ausflucht an; durch ſie erſt entſteht der Unterſchied, und fehlt die Ausflucht, ſo fehlt auch der Unterſchied [31]).

---

31) Daß Thibaut's Meinung bereits Einfluß gehabt hat auf rechtliche Entſcheidungen, beweist nur ſo eben eine Sache, in welcher daſſelbe Dicaſterium im erſten Urthel nach der alten entſchieden, im zweyten nach der neuen ſich hingeneigt hat, und im dritten noch weiter gegangen iſt und eine völlige Gleichſtellung der Publ. u. rei vindicatio ausgeſprochen hat; unter andern Gründen finde ich auch den Mangel eines titel im Cod. Just. de publ. act.; wobey mir nur die Gegengründe in den Sinn kamen, daß a) der Cod. Theod. auch keinen enthält, und damals mochten denn doch die beyden Klagen ſich nicht gleich ſeyn; und b) daß man erſt dann richtig ſo ſchließen könnte, wenn ein tit. de publ., keiner de r. v. da wäre, weil ſich doch wohl die ſtrengere der ſpätern und mildern Klage anfügen mußte. Und aus L. un. Cod. de nudo jure Quirit. toll., in welcher bekanntlich der Unterſchied zwiſchen domin. ex jure Quiritium und dem in bonis esse aufgehoben iſt, folgt doch weder eine Gleichſtellung der Publiciana und rei vindicatio, zumal da die genannte Constitut. früher gegeben iſt, als die Pandecten und Inſtitutionen gefertigt ſind, in wel-